

Tilburg University

Witteveen en Havel over legaliteit en rechtsstatelijkheid

Adams, Maurice; Meijer, Karsten

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
2015

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M., & Meijer, K. (2015). Witteveen en Havel over legaliteit en rechtsstatelijkheid. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2015(4), 152-158.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Witteveen en Havel over legaliteit en rechtsstatelijkheid

Prof. mr. dr. M. Adams en K.T. Meijer MA, LL.M.*

Op 11 november 1989 werd de toneelschrijver Václav Havel (1936-2011), de latere president van, achtereenvolgens, Tsjecho-Slowakije en Tsjechië, gearresteerd tijdens een symposium in Praag. Hij verklaarde de bijeenkomst voor geopend en constateerde daarna droogjes: 'Wel, op dit moment word ik gearresteerd.' De leider van de dissidentenbeweging *Charta 77* was ondertussen wel gewend geraakt om 48 uur – de juridische grens voor hechtenis zonder concrete beschuldiging – opgesloten te worden, maar schreef niettemin een furieuze protestbrief aan toenmalig premier Adamec. Ondanks zijn woede, die zich vooral richtte op het confisqueren van zijn computer, kon hij het niet nalaten op te merken dat de politie kennelijk dacht dat het toetsenbord de computer was, de computer zelf de versterker en de monitor een tv, die de agenten dus hadden laten staan.

Uit de recent verschenen biografie door Michael Zantovsky¹ blijkt dat deze brief Havel op minstens drie manieren kenmerkt. Ten eerste door de gehechtheid aan zijn computer, waarmee hij de teksten schreef die hem grip op de werkelijkheid gaven. Ten tweede door het gevoel voor absurditeit en detail. En ten derde, en daar gaat het hier om, omdat Havel er in deze situatie überhaupt voor koos om aan een onredelijke en tirannieke bureaucraat een protestbrief te schrijven. Een schijnbaar zinloze daad, die toch, zo zal blijken, betekenisvol is voor Havels rechtsstatelijke denken.

Hoewel in Nederland al enigszins in de vergetelheid geraakt, was Havel een van de belangrijkste intellectuelen en staatsmannen van de twintigste eeuw. Hij kreeg bekendheid als toneelschrijver, criticaster van de communistische heersers, leider van de dissidentenbeweging *Charta 77*, boegbeeld van de 'fluwelen revolutie', de eerste president van Tsjecho-Slowakije en daarna Tsjechië; een vrijheidsstrijder van de eerste orde. Havel werd vlak voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog geboren in een prominente ondernemersfamilie. Zijn vader en oom bezaten een groot aantal bedrijven, waaronder de bekende Barandov filmstudio's. In het na de oorlog onder dwingende Russische invloed gebrachte Tsjecho-Slowakije verloor Havels familie haar meeste bezit. Erger voor hemzelf was dat hij, vanwege zijn achtergrond als 'bour-

geois', uitgesloten werd van vrijwel elke vorm van door hem gewenst onderwijs. Via een aantal eenvoudige baantjes belandde hij in het theater. Vervolgens werkte hij zich op tot recensent en aansluitend ging hij zelf toneelstukken schrijven. Hij bleek zo succesvol in het vertolken van het absurdistische en lege karakter van de communistische maatschappij dat hij wereldwijde bekendheid genoot.

Havel legt in zijn geschriften en handelen sterk de nadruk op het belang van legaliteit, een onderwerp dat ook Willem Witteveen in zijn in december 2014 postuum verschenen *De wet als kunstwerk* aan de orde stelt.² Het zal niet verbazen dat Witteveen, die behalve als academicus ook als literator en politicus actief was, zich geïnspireerd wist door het denken van een politicus die van origine toneelschrijver was. De betrachting van dit artikel is bescheiden: een *reflectie* over de rol van legaliteit en rechtsstatelijkheid naar aanleiding van deze twee boeken.

1. Havel over legaliteit

Havel laat zien dat, naast de meer bekende verzetsmiddelen als burgerlijke ongehoorzaamheid of directe confrontatie (eventueel vergezeld door geweld), een alternatieve politieke bevrijdingsmethode kan liggen in het ontmaskeren van wat hij schijnlegaliteit noemde: Havel, en heel wat van de leden van dissidentenbeweging *Charta 77*, vielen het regime aan door zich te beroepen op de rechten die werden gewaarborgd door onder meer de toenmalige Tsjecho-Slowaakse Grondwet zelf. Deze rechten werden door dat regime echter niet waargemaakt. Door juist daarop te wijzen werd niet alleen de ideologische ondergang van het regime blootgelegd, omdat het zichzelf daarmee immers te kijk zette; tevens werd door een dergelijke aanpak het overheidshandelen, zo meende Havel, minder vatbaar voor gewelddadige vergelding. Hoe kon men immers een beroep op het vigerende recht zelf bestraffen?

In ieder geval werd door deze benadering de ruimte voor individuele onafhankelijkheid en politieke bevrijding ge-

* Maurice Adams en Karsten Meijer zijn verbonden aan het Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van Tilburg Law School. Adams als hoogleraar Democratie en Rechtsstaat (leerstoel vfonds: www.v-fonds.nl) en als gewoon hoogleraar Encyclopedie van het recht, en Meijer als coördinator van het project Nederland Rechtsstaat (www.nederlandrechtsstaat.nl). De auteurs danken de collega's Bart van Klink en Kees Schuyt voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. Michael Zantovsky, *Havel. A life*, London: Grove Atlantic 2014. Vrijwel gelijktijdig verscheen de Nederlandstalige uitgave bij De Bezige Bij te Antwerpen: Michael Zantovsky, *Václav Havel. Een leven* (verwijzingen tussen haakjes naar de Nederlandstalige uitgave).
2. Willem Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014 (verwijzingen naar dit boek tussen haakjes). Witteveen heeft geen kennis meer kunnen nemen van de biografie door Zantovsky; wel heeft hoofdstuk 23 van Witteveens boek uitdrukkelijk op Havel betrekking.

zocht in het bestaande systeem zelf.^{3, 4} Onder de vele rechtszaken die Havel heeft moeten ondergaan, was die van oktober 1979 wat dit aangaat prominent en illustratief (Zantovsky, p. 177-178). Hij werd beschuldigd van aan *Charta 77* gerelateerde activiteiten, en had er na lange en verscheurende twijfel voor gekozen om, ondanks een discreet en met de Verenigde Staten afgestemd aanbod om voor een jaar naar New York te vertrekken, een op voorhand reeds vaststaande gevangenisstraf uit te zitten. Havel probeerde tijdens het proces de rechters er desondanks van te overtuigen dat hij geen misdaad had gepleegd, zelfs niet binnen het uiterst beperkte concept van 'communisme legaliteit', een concept dat ten dienste stond van wat men 'socialistische rechtvaardigheid' noemde.⁵ Kort voor de omwenteling van 1989, wanneer hij opnieuw terechtstaat, herhaalt hij dit pleidooi wanneer hij tegen zijn rechters zegt:

'Ik vertrouw erop dat de overheid eindelijk ophoudt zich te gedragen als het lelijke meisje dat de spiegel stukslaat, in haar overtuiging dat haar spiegelbeeld de schuld is. Dat is ook de reden waarom ik erop vertrouw dat ik niet nogmaals zonder reden zal worden veroordeeld.'⁶

Witteveen wijst er in het verlengde hiervan op dat in een vrije samenleving er steeds een verschil moet zijn tussen wat in een wet terechtkomt en de loutere ideologie van diegenen die aan de macht zijn (p. 279). Wet- en regelgeving wordt in een dictatuur weliswaar met de waardigheid van objectiviteit gepresenteerd, maar maskeert eigenlijk alleen ideologische manipulatie. Een hedendaagse parallel daarvan zien we als in een democratie door middel van wetgeving en beleid slechts de wil van diegenen die op een bepaald moment aan de macht zijn wordt geïnstitutionaliseerd. Maar puur meerderheidsdenken is weliswaar als procedure voor verkiezingen te aanvaarden, maar niet als weergave van pluralisme en maatschappelijke diversiteit, dat zo kenmerkend is voor een democratie. Recent wees ook de Franse politicoloog en historicus Pierre Rosanvallon erop dat door die twee dimensies – realistisch verkiezingsprincipe versus veeleisender rechtvaardigings-

principe – met elkaar te vereenzelvigen, je een heel deel van je bevolking uitsluit, namelijk diegenen die niet in de meerderheidsmacht zijn vertegenwoordigd:

'Democratic election thus conflates a principle of justification with a technique of decision. (...) [W]e behave as though the majority were the same as the whole, as though majority rule were an acceptable way of imposing stronger demands on the governed.'⁷

Iets dergelijks leidt tot ideologische subordinatie en dus tot vervreemding van de burger die zich niet gerepresenteerd weet. Een situatie die heden ten dage nog versterkt wordt doordat de 'soevereine wil van het volk' is uiteengevallen in een veelheid aan minderheidsstandpunten, die een weergave zijn van de enorme sociologische diversiteit van de bevolking.

Onderdrukking werd niet alleen gecreëerd door de inconsistente en voor de burger willekeurige omgang met het recht door de overheid zelf, maar werd nog versterkt door dat recht in te zetten als een allesoverheersende en manipulerende kracht die het leven van de burgers tot in de haarvaten beheerste; een dergelijke strategie geeft de heersende macht vorm en kader, stelt ook Willem Witteveen met een beroep op Havels essay *Poging om in de waarheid te leven* uit 1977 (p. 274):

'Het leven in zo'n staat is totaal doordrongen van een dicht netwerk van regels, proclamaties, directieven, normen, bevelen en voorschriften. (Het heet niet voor niets een bureaucratisch systeem.) Een groot deel van die normen fungeert als direct instrument van de complexe manipulatie van het leven die inherent is aan het post-totalitaire systeem. Individuele personen worden gereduceerd tot weinig meer dan radertjes in een enorme machinerie en hun betekenis blijft beperkt tot hun functie in die machinerie. Hun werk, hun woningen, hun reizen, hun sociale en culturele expressie, kortom: alles moet zo stevig

3. Zantovsky wijst er overigens op dat Havel niet de pacifist was waarvoor sommigen hem hebben gehouden: hij accepteerde wel degelijk geweld als een noodzakelijk kwaad, hoewel alleen in extreme situaties (zie p. 166). Het 'naïeve' Europese pacifisme, dat de weg naar de Tweede Wereldoorlog bereidde, wordt daarbij als voorbeeld gehanteerd, waarbij de rol van de regering-Chamberlain bij de totstandkoming van het Verdrag van München (1938), prominent was: zestig jaar Tsjechisch ongeluk was het gevolg.

4. Deze strategie doet ook denken aan het standpunt van voormalig Nationale ombudsman Brenninkmeijer, die nu als lid van de Europese Rekenkamer ervoor heeft gepleit om het jaarverslag van de Europese Rekenkamer voorlopig niet te publiceren. 'Het jaarverslag is onleesbaar, geeft een boodschap die niemand begrijpt en heeft geen effect. Het is onbegrijpelijk dat de Rekenkamer al twintig jaar lang de boekhouding van de EU afkeurt en het Europees Parlement er vervolgens toch elk jaar mee akkoord gaat. (...) Dat visitekaartje kost wel 80 miljoen euro per jaar, 60 procent van ons budget.' Zie www.volkskrant.nl/dossier-europese-unie/brenninkmeijer-lidstaten-europese-unie-onbetrouwbaar-a3953615/.

5. Een sprekend voorbeeld hiervan was ook te vinden in de grondwet van de voormalige Sovjet-Unie uit 1977. Die bevatte vanaf artikel 39 een lange lijst van burgerrechten. Problematisch aan deze lijst was niet het ontbreken van vrijheidsrechten of een te exclusieve nadruk op sociale rechten, maar wel het artikel 59, dat onmiddellijk volgde op de lijst met vrijheidsrechten. Dat artikel stelde namelijk: 'De uitoefening van deze rechten en vrijheden door de burger is onafscheidelijk verbonden met het volbrengen van zijn plichten.' En vanaf artikel 60 werden dan de plichten opgesomd die de burger had tegenover de gemeenschap. Artikel 59 had tot gevolg dat deze burgerrechten eigenlijk geen rechten meer waren waarop de mens *als mens* aanspraak kon maken, maar gunsten of beloningen voor 'goed' gedrag. Dat leidde bijvoorbeeld tot de situatie dat het recht op gratis onderwijs, dat gewaarborgd werd in artikel 45, betekenisloos kon zijn: zo moest een Jood die wilde emigreren eerst zijn opleidingskosten terugbetalen. En dit met een beroep door de overheid op artikel 63 van de vermelde grondwet, waarin de plicht tot vaderlandsliefde stond opgenomen. Dit betekende dat het recht op gratis onderwijs hem retroactief ontnomen werd; het had eigenlijk nooit bestaan. Hierover F. De Wachter, 'Ethiek en mensenrechten', *Tijdschrift voor Filosofie* 1987, p. 579.

6. V. Havel, *Poging om in de waarheid te leven*, Amsterdam: Van Gennep 1991, p. 106; geciteerd door Witteveen, p. 275.

7. P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton: Princeton University Press 2011, p. 2 (vertaling van *La Légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Paris: Seuil 2008).

mogelijk samengebundeld, gepredetermineerd, gereguleerd en gecontroleerd worden.⁸

Hoe dan ook, Havels pleidooi uit 1979 mocht natuurlijk niet baten; hij werd tot vier jaar gevangenisstraf veroordeeld, een straf die zoals gezegd reeds op voorhand vastlag en die ook was afgestemd met de politieke macht.

2. Fuller en Havel

Havel werd door vriend en vijand om zijn standpunt over de betekenis van legaliteit bekritiseerd. Hij zou door zijn beroep erop niet meer dan wat obstructiepolitiek beoefenen, en een louter tactisch en weinig principieel instrument bespelen. Een instrument dat de legitimiteit van het onderdrukkende regime impliciet zou bevestigen, omdat het voornamelijk werkt vanuit de eigen logica van dat (rechts)regime zelf. Waar het volgens zijn criticasters waarlijk om zou moeten gaan, was aantonen dat het politieke systeem zelf niet legitiem was, in morele noch juridische zin!⁹

Het standpunt van Havel doet denken aan de rechtsfilosofie van Lon Fuller, waarin het concept van legaliteit, en een daaraan verbonden formele conceptie van *rule of law*, ook centraal staat.¹⁰ Daaruit blijkt dat een en ander natuurlijk wat genuanceerder ligt dan de vermelde criticasters menen. Fuller markeert legaliteit vooral door middel van zijn bekende acht vereisten van goede wetten regelgeving:¹¹ algemeenheid, (officiële) afkondiging, geen terugwerkende kracht, begrijpelijkheid, niet-tegenstrijdigheid, mogelijkheid tot naleving, constantheid (niet al te veel verandering), en overeenstemming tussen datgene dat werd uitgevaardigd enerzijds en officiële actie anderzijds (de overheid die de eigen regels naleeft). Al deze vereisten lijken ook voor Havels legaliteitsconceptie van belang, maar hij richt zich toch vooral, zo lijkt het, op schendingen van de laatste vereiste: de overheid die zich niet aan de eigen regels wil houden. Een dergelijke over-

heid kan natuurlijk geen respect afdwingen. Deze laatste vereiste komt overeen met de harde kern van vrijwel iedere definitie van legaliteit en rechtsstatelijkheid,¹² in het besef dat een groot deel van de andere door Fuller geformuleerde vereisten hierdoor scherp in het vizier komen. Want een overheid die zich ook niet aan de eigen regels weet te houden schendt *ipso facto* vereisten van algemeenheid, het verbod op willekeur, maakt naleving van regels welhaast onmogelijk, enz.

De critici van Fuller stellen dat zelfs het tegemoetkomen aan zijn acht vereisten nog geen rechtvaardige samenleving garandeert; daarvoor zijn de vereisten – die wat Fuller betreft een interne moraal van het recht vertegenwoordigen, en die volgens hem een conceptueel noodzakelijke band tussen recht en moraal bevestigen – al te neutraal en procedureel: ze lenen zich even eenvoudig voor misbruik als voor moreel achtenswaardige doeleinden.¹³ Dat is een kritiek die zoals we zagen gelijk is aan die op Havel. De Apartheid in Zuid-Afrika wordt ter zake vaak als voorbeeld aangehaald: rassendiscriminatie was aldaar, dus ook onder voorwaarde van naleving van de vermelde acht vereisten, perfect mogelijk.¹⁴ Het loont de moeite Fuller, in reactie op bemerkingen van H.L.A. Hart, wat meer extensief te citeren over zijn standpunt:

‘(...) Professor Hart seems to assume that evil aims may have as much coherence and inner logic as good ones. I, for one, refuse to accept that assumption. I realize that I am here raising, or perhaps dodging, questions that lead into the most difficult problems of the epistemology of ethics. Even if I were competent to undertake an excursus in that direction, this is not the place for it. I shall have to rest on the assertion of a belief that may seem naïve, namely, that coherence and goodness have more affinity than coherence and evil. Accepting this belief, I also believe that when men are compelled to explain and justify their decisions, the effect will generally be to pull those

8. V. Havel, *Poging om in de waarheid te leven*, p. 68; geciteerd door Witteveen, p. 273.

9. In het aangehaalde proces uit 1979 koos een medebeklaagde voor deze meer revolutionaire route, en in zijn verdediging werd de legitimiteit van de rechtbank zelf dan ook betwist.

10. Voor verschillende opvattingen over de niet zo eenvoudig te vertalen frase *rule of law*, en de verhouding met (opvattingen over) *rechtsstaat* en *état de droit*, zie onder meer R. Grote, ‘Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit’, in: C. Starck (red.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A comparative analysis*, Baden-Baden: Nomos Verlag 1999, p. 269-306; B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 91-113 en M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 312-341.

11. Zie hierover met name zijn *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969 (2e druk). De acht vereisten staan uitgewerkt in hoofdstuk II. Witteveen, in hoofdstuk 23 van zijn boek, legt niet uitdrukkelijk de relatie tussen Havels opvattingen over rechtsstatelijkheid en legaliteit en die van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller. Dat is wat verrassend omdat het boek van Witteveen doordeesemd is van het denken van Fuller. Om misverstanden te vermijden: Fuller krijgt een meer dan prominente rol op de pagina’s van Witteveens boek, maar dus niet expliciet in het hoofdstuk over legaliteit.

12. Ook onder woorden gebracht door Schuyt. Zie K. Schuyt, ‘De waarden van de rechtsstaat’, in: K. Schuyt, *Steunberen van de samenleving. Sociologische essays*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 125.

13. H.L.A. Hart is de meest prominente vertegenwoordiger van deze kritiek. In zijn bespreking van de 1e druk van Fullers boek, stelt hij dat er aan de acht eisen van goede regel- of wetgeving niets te vinden is dat in zichzelf moreel achtenswaardig is. ‘Principles of good legal craftsmanship’ (want zo begrijpt Hart de vermelde acht vereisten), hebben met moraal als zodanig niets van doen. Indien dat wel zo zou zijn, kun je net zo goed over de ‘morality of poisoning’ spreken, want iemand vergiften kun je immers ook op meer of minder deugdelijke of efficiënte wijze doen. Echter, [this] would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgments about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned’. Zie H.L.A. Hart, ‘Fuller’s “The Morality of Law”’, 78 *Harvard Law Review* 1965, p. 1286. Tevens J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press 1979, p. 223-226 (‘[T]he rule of law is an inherent virtue of the law, but not a moral virtue as such’, p. 226). Over wat gedegenereerde rechtssystemen ons vertellen over de relatie tussen recht en moraal, zie D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*, Oxford: Oxford University Press 2010.

14. Wat onverlet laat dat ook de definitie van wat in Zuid-Afrika een ras constitueerde nogal arbitrair was.

decisions toward goodness, by whatever standards of ultimate goodness there are.¹⁵

Blijkbaar meent Fuller dat onrecht minder snel wordt gedaan wanneer het op basis van de acht vereisten zichtbaar moet worden gemaakt. Een dergelijke stellingname lijkt echter vooral een empirisch-sociologische te zijn (over hoe overheden blijkbaar feitelijk handelen), en zegt niet zo heel veel over epistemologische of conceptuele kwesties die samenhangen met de relatie tussen recht en moraal.¹⁶

Hoe in het licht van het voorgaande Havels claim over legaliteit moet worden begrepen is niet helemaal duidelijk; Havel was geen academicus die actief bezig was met de finesses van de welhaast eeuwige rechtsfilosofische vraag naar de precieze aard van de relatie tussen recht en moraal. Maar hij zag in het recht, met Fuller, wel een doelgerichte activiteit: als het geen goede orde mogelijk maakt,¹⁷ geen vertrouwensrelatie tussen burger en overheid weet te realiseren, is het een zinloos en onrechtvaardig middel. Nogmaals Havel:

‘Het belangrijkste is steeds de kwaliteit van het leven, en of de wetten het leven verbeteren dan wel onderdrukken, en niet alleen of men zich eraan houdt of niet. (Vaak zou een strikte wetshandhaving een rampzalig effect kunnen hebben op de menselijke waardigheid.¹⁸) (...) De strijd om wat men “rechtmatigheid” noemt moet voortdurend die rechtmatigheid in perspectief zien tegen de achtergrond van het leven zoals het werkelijk is.’¹⁹

Dus als de vereisten van legaliteit door de overheid werden geschonden, zoals in Tsjecho-Slowakije op grove en grootschalige wijze het geval was, bood een legaliteitsdiscours voor Havel een uitgelezen mogelijkheid om scherpe maatschappijkritiek te formuleren. Een overheid die pretendeert rechtsstatelijk te handelen, stelt zich dus kwetsbaar op. Het is een inzicht dat ook uit het boek van Witteveen spreekt, die veelvuldig het instrumentele denken van de wetgever hekelt, een overheid die daardoor vereisten van legaliteit schendt met alle kwalijke gevolgen die dat heeft voor de kwaliteit van de samenleving.

3. ‘Leven in waarheid’

Het eerdere citaat uit *Poging om in de waarheid te leven*²⁰ geeft een indicatie van hoe Havel zich verhoudt tot die andere bekende literator en inwoner van Praag: Franz Kafka. Ook Witteveen wijst op de relatie tussen beiden:

want ook in Kafka’s *Het proces* wordt schijnlegaliteit aangeklaagd. Toch is er ook een verschil tussen Kafka en Havel, en het is belangrijk daarop te wijzen, omdat het iets wezenlijks over het gedachtegoed van Havel toont. Want ondanks zijn nadruk op legaliteit, was het voor Havel natuurlijk duidelijk dat protest tegen het gebrek daaraan uiteindelijk een middel was tot een ander doel: de innerlijke bevrijding van het individu met name, iets wat hij ‘leven in waarheid’ noemde. Daarmee verwijst hij niet naar een of ander metafysisch of Messiaans waarheidsconcept, maar naar de mogelijkheid om naar eigen inzicht je leven in te richten, en een authentiek leven te leiden. De eigen verantwoordelijkheid van burgers was cruciaal voor dat leven in waarheid, en Zantovsky wijst erop dat Havel, in tegenstelling tot Josef K. in *Het proces*, zich nooit echt slachtoffer voelde van verpletterende en onpersoonlijke krachten die buiten zijn controle vielen (p. 25). De brief waarnaar in de inleiding van dit artikel werd verwezen getuigt van zijn standpunt. In Witteveens boek zien we eerder een benadering vanuit – en kritiek op – de overheid, die het initiatief van de burger kan pletten (later meer hierover). De verwantschap van Witteveen met Kafka lijkt daarom steviger aanwezig, dan die tussen Havel en Kafka.

Zantovsky gebruikt vooral de toneelstukken en essays van Havel om duidelijk te maken wat hij met leven in waarheid bedoelde. Het meest dienend daartoe is de beroemd geworden metafoor van de kruidenier in wat misschien wel Havels bekendste essay is: *De macht van de machtelozen*.²¹ Het gaat over een kruidenier die iedere ochtend braaf het bord ‘Arbeiders aller landen verenigt u’ in zijn etalage plaatst. Voorbijgangers noch de kruidenier zelf delen de overtuiging geuit op het bord. Zelfs het communistische regime zelf gelooft er niet in. Toch doet iedereen alsof. Het is in het belang van de kruidenier om het bord in het zicht van zoveel mogelijk mensen op te hangen. Zo kan hij in vrede blijven leven. Als hij daarmee zou ophouden zou hij belaagd of zelfs gearresteerd kunnen worden. Sterker nog, het totalitaire systeem functioneert nu juist omdat het mensen door middel van dit soort rituelen dwingt om afstand te doen van hun eigen identiteit. En toch, zo stelt Havel, als alle kruideniers deze onoprechte daad zouden weigeren zou dat het begin zijn van een revolutie. Daarom is de machteloze kruidenier niet echt machteloos. Sterker nog, hij is zelfs mede verantwoordelijk voor het in stand houden van het regime: doordat hij er niet in slaagt om ‘in de waarheid te leven’ maakt hij het mogelijk dat het regime blijft bestaan. Juist het vermogen van de mens om zijn ‘authentieke

15. L. Fuller, ‘Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart’, 71 *Harvard Law Review* 1958, p. 636 (zie voor gelijkaardige frases p. 652).

16. Zie verder R.S. Summers, die tevens wijst op de contingentie van Fullers claim over de relatie tussen recht en moraal. R.S. Summers, *Lon L. Fuller*, London: Edward Elgar 1984, p. 38. Het debat over Fullers rechtsfilosofie heeft recent weer een nieuwe impuls gekregen. Zie P. Cane (red.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford: Hart Publishing 2010 en K. Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford: Hart Publishing 2013.

17. Fuller had het ter zake over ‘eunomics’, van het Grieks ‘eunomia’ (*Εὐνομία*), dat verwijst naar ‘goede orde’, ‘goede regering’.

18. Een standpunt overigens dat ook Fuller aanhangt, vandaar dat hij over sommige van zijn acht vereisten spreekt als een ‘morality of aspiration’ (streefmoraal). (Zie Fuller, *The Morality of Law*, p. 5-6.)

19. V. Havel, *Poging om in de waarheid te leven*, p. 74; geciteerd door Witteveen, p. 277.

20. Zie de tekst bij nootverwijzing 8.

21. V. Havel, *The Power of the Powerless*, 1978, zie: https://s3.amazonaws.com/Random_Public_Files/powerless.pdf, laatst geraadpleegd op 27 februari 2015.

identiteit' te bevestigen, is, aldus ook Zantovsky, het voornaamste wapen dat de machtelozen macht geeft. Het kan immers de ideologische pretenties van de staat als leugens ontmaskeren (p. 164-165). In een van zijn latere essays omschrijft Havel het als volgt:

'Allemaal hebben we ons namelijk bij het totalitaire systeem neergelegd, we hebben het als een onveranderlijk feit aanvaard en het daarmee feitelijk in stand gehouden. Met andere woorden: allemaal zijn we – ieder van ons natuurlijk in verschillende mate – verantwoordelijk voor de voortgang van de totalitaire machinerie, niemand van ons is alleen haar slachtoffer, maar we zijn tegelijkertijd medescheppers.'²²

4. Witteveen over de actualiteit van Havel: wat maakt een legitieme overheid?

De macht van de machtelozen is niet alleen relevant voor hen die geïnteresseerd zijn in totalitaire regimes. Het is volgens Havel ook van belang voor die westerse maatschappijen waar vervreemding en automatisering evenzeer het 'leven in waarheid' bedreigen. Al in 1978 voorzag hij dat de vruchten van 'het westen' – vrijheid, economische groei, efficiëntie – mede kunnen leiden tot ingedomd burgerschap en onbehouden bestuur. Ook Witteveen wijst op de hedendaagse relevantie van Havels denken voor min of meer gevestigde democratieën zoals Nederland er een is.

'Het kenmerkt zich door een verwarrende combinatie van een in historisch opzicht ongekennde mate van individuele vrijheid met een eveneens historisch ongekennde mate van normering, regulering, disciplineren, protocolering, toetsing, observeren en wat dies meer zij. Aan dit regime ligt geen eenduidig concept ten grondslag, het is niet in een ideaaltipe te vangen. Wellicht verkeert het in een overgangstoestand naar een nieuw, nog onbeschreven model. We zagen dat een van Havels constatering over het leven onder de posttotalitaire willekeur was dat zowel functionarissen als burgers daarin geen verantwoordelijkheid op zich namen en in de rituele voltrekking van de regels een excuus vonden voor het afschuiven van verantwoordelijkheid. Hier zien we een onvermoede parallel: de onduidelijke aard van ons legaliteitsregime maakt het moeilijk om zich als verantwoordelijk burger met democratische betrokkenheid te manifesteren en vergemakkelijkt de tendens om anderen (inclusief overheidsinstanties en ambtsdragers) van alle ongemakken en wantoestanden de schuld te geven en zo de verantwoordelijkheid af te schuiven' (p. 278-279).

Waar het hier onder meer om gaat is de complexe relatie tussen legaliteit (gewaarborgd door een goed functione-

rende bureaucratie) en legitimiteit. Met onder meer een beroep op Max Weber – wie anders? – wijst Witteveen erop hoe die relatie kan worden gelegd: door wetten en regels correct na te leven, door schijnlegaliteit te vermijden en zich niet te verliezen in een instrumenteel juridisch denken, door reciprociteit tussen burger en overheid na te streven, kunnen rechtsstatelijke idealen worden gerealiseerd, en wordt een dienende overheid mogelijk die het vertrouwen van de burgers geniet. Legitimiteit *door* legaliteit. Het is ook een terugkerend onderdeel van het denken van Fuller: wederkerigheid tussen burger en overheid maakt het mogelijk draagvlak te genereren voor die overheid, en maakt het ook mogelijk voor de overheid om die burger met vertrouwen tegemoet te treden. 'There is a kind of reciprocity between government and the citizen with respect to the observance of rules. (...) When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left to ground the citizen's duty to observe the rules.'²³ Deze veel genegeerde 'waarheid als een koe', wordt later door Fuller uitgewerkt in een heel aantal publicaties, onder meer zijn *Human Interaction and the Law*.²⁴ Met een beroep op de Nationale ombudsman²⁵ wijst ook Witteveen op het doorbreken van de relatie tussen overheid en burger: door een overmaat aan bureaucratie en complexe regelgeving, door problemen in de uitvoering, door het niet serieus nemen van burgers, door de standaardisering van geautomatiseerde systemen waardoor maatwerk onmogelijk wordt, enz. Daardoor verliest de mens de grip op de eigen werkelijkheid, en komt dus het 'leven in de waarheid' in gevaar.

Witteveen zet zich in zijn boek uiteindelijk vooral af tegen een overheid die rechtsvorming ziet als eenrichtingsverkeer binnen een gezagsrelatie: de wetgever vaardigt bevelen uit voor de justitiabelen die onder dreiging van *sancties* geacht worden deze bevelen op te volgen. De overheid is dan een autonome en externe instantie die als externe specialist als het ware een juridisch vaccin in de zieke samenleving injecteert. Een dergelijke instrumentalistische opvatting negeert het feit dat het recht niet noodzakelijk succesvol is, en ook niet vanzelfsprekend gezaghebbend. Witteveen pleit daarom voor wet- en regelgeving die gematigd is en ruimte voor interpretatie laat; wetgeving die een dialoog tussen justitiabelen en overheid mogelijk maakt, en waarin de fundamentele waarden van een samenleving tot uiting komen. Hij pleit ook voor de ambachtelijke aspecten van het wet- of regelgevingsambt (hij heeft het over *slow law*, dat 'de ware kunst van het wetgeven' representeert (p. 406)); voor wetgeving die draagvlak geniet, en die vereisten van rechtsstatelijkheid

22. V. Havel, *Angst voor de vrijheid. Redevoeringen van een president*, Amsterdam: Van Gennep 1992, p. 8; Witteveen, p. 276.

23. Aldus Fuller zelf in *The Morality of Law*, p. 39-40 (zie ook het laatste hoofdstuk: 'A reply to critics', p. 187 e.v.).

24. Opgenomen in K. Winston (red.), *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 231-291. (Essay in eerste instantie gepubliceerd in 14 *The American Journal of Jurisprudence* 1969.) Hierover tevens W.J. Witteveen, 'Rediscovering Fuller: An Introduction', in: W.J. Witteveen & W. van der Burg, *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 21-48 (met name p. 32-36).

25. *Mijn onbegrijpelijke overheid. Verslag van de Nationale ombudsman over 2012*, Den Haag: 2012, <http://jaarverslag.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/Verslag%202012.pdf>.

scherp in het vizier weet te houden.²⁶ Vandaar ook de betrachting de wet te begrijpen als een fenomeen dat voortkomt uit interactie: 'Als er iets van daadwerkelijke communicatie tot stand komt tussen mensen die wetten maken, mensen die wetten gebruiken en mensen die ermee moeten leven, is er een kans dat de verbroken vertrouwensrelaties opnieuw vorm krijgen' (p. 298). Van belang is dat wetgeving als een collectieve verantwoordelijkheid en een gezamenlijke inspanning wordt gezien. Burger-schap krijgt daarmee een fundamentele betekenis, en de betrokkenheid van alle relevante actoren komt bij het wetgevingsproces in het vizier. En daarbij houdt het niet op. Want wetgeving doet daardoor een spontane orde ontstaan die gebaseerd is:

'(...) op het vertrouwen dat burgers en hun maatschappelijke verbanden tot op grote hoogte in staat zijn zichzelf de wet te stellen. In een spontane orde, een orde van zelfregulerende systemen, is er geen centraal punt van waaruit alle beslissingen genomen worden op basis van daar ingebracht kennis en macht. Een polycentrische orde berust op de cultuur van de leden van een gemeenschap, een cultuur die er een is van betrokkenheid en inzet voor het algemeen belang. De wet is er een kader, maar geen dictaat' (p. 419-420).²⁷

Hierin schuilt ook de betekenis van het beeld van de wet als kunstwerk: de wet moet niet worden gezien als een panopticum, maar vooral als een maatschappelijke betekenisconstructie die als een bijzonder soort kunstwerk kan worden begrepen, waar ook het maatschappelijk veld ruimte krijgt: het is de 'open plaats voor een denkbeeldig gevecht over betekenis' (p. 28).

Wie echter luistert naar de spierballentaal van de (voormalige) bewindslieden op het Ministerie van Veiligheid en Justitie, weet hoezeer de instrumentalistische opvatting nog werkelijkheid is. Ferme taal lijkt daadkracht te bevestigen, en ieder probleem moet en zal onmiddellijk worden opgelost: iedere week rolt er een nieuw voorstel van de lopende band. Vaak ontbreekt een zicht op de empirische dimensie van bepaalde voorstellen of maatregelen. Veel

ervan hebben geen of zelfs een negatief effect, en een echte probleemanalyse ontbreekt. Neem de voorgenomen strafbaarstelling van illegaal in dit land verblijvende vreemdelingen. De regering stelde dat de afschrikwekkende werking van deze wet meerwaarde heeft (de staatssecretaris had het over een 'verdrijvingseffect'). Maar meer dan twintig jaar onderzoek laat zien dat illegale vreemdelingen een sterke motivatie hebben zich buiten de criminale circuits te houden. En het laat ook zien dat dergelijke strafbaarstelling zelfs aanzet tot criminaliteit.²⁸ Het effect van dit beleid is dat het niet waar kan maken wat het belooft, met alle teleurstelling en ongenoegen die dat weer met zich meebrengt. Het echte slachtoffer is het geloof in beleid en politiek, en in de democratische rechtsstaat.

In een recente column stelt Marc Chavannes aan de orde de vele punten waar een aaneenschakeling van hedendaagse kabinetten in onredelijkheid doorslaan. Tot de symptomen behoren onder meer: burgers die door allerlei overheidsinstanties in toenemende mate benaderd worden als potentiële fraudeurs, onrealistische verwachtingen ten aanzien van wetgeving en een te veel op snelheid gericht wetgevingsproces. De overheid verwordt zo tot een 'boos, achterdochtig en gefrustreerd' instituut.²⁹

Hierin schuilt ook iets van de kafkaëske verwarring die Havel aan de kaak stelde. De relatie tussen legaliteit en legitimiteit wordt erdoor op de proef gesteld, en het evenwicht dat er tussen de twee zou moeten zijn kan verworden tot een ongezonde spanning. Witteveen stelt de vraag of een op geordende vrijheid gerichte bureaucratie op een dag zomaar kan omslaan in een onderdrukken-de en manipulatieve bureaucratie (p. 274). Met de vraag is het antwoord gegeven. Het mechanisme is meestal subtiel, sluipend en vaak onbedoeld. Of het is niet zo subtiel, maar een geaccepteerde vorm van nevenschade. Witteveen pleit voor een stevig ontwikkeld systeem van evenwicht van machten.

'De procedurele complicaties die in het proces van wetgeving zijn aangebracht houden de mogelijkheid in om bijdragen vanuit vele belangen te articuleren en door

26. Zie de bespreking door Bart van Klink, 'Denkoefeningen in wetgeving. Een korte beschouwing over *De wet als kunstwerk* van Willem Witteveen', *NJB* 2015, p. 497-502.

27. Witteveen toont hier verwantschap met Westerman, die in haar werk benadrukt dat: '[p]as als we mensen zien als meer dan een middel erkennen we hen als medespelers, als mensen die "binnen" zitten; (...) Fullers eisen van deugdelijk recht zijn geen voorwaarden die moeten worden vervuld wil men elkaar als rechtssubject serieus nemen. Het is andersom. Inclusiviteit is een voorwaarde voor het ontstaan van goed recht. Besteedt men besluitvorming over regelgeving uit aan experts, dan loopt men het risico dat meer en meer mensen buiten het normatieve discours worden geplaatst en alleen nog een rol vervullen als geschikt instrument ter bereiking van doeleinden.' P. Westerman, 'Autonomie als voorwaarde tot legaliteit', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2009, p. 16.

28. Zie het overzicht ter zake door J.P. van der Leun, 'Zal de strafbaarstelling van illegaliteit effectief zijn? En wil iemand dat eigenlijk weten?', *AA* 2013, afl. 1, p. 8-9 (met verdere verwijzingen naar onderzoek hierover). Tevens A.B. Terlouw, 'Fundamentele rechten van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen: een fata morgana', *RMThemis* 2013, afl. 1, p. 9-19. De Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor de rechtspraak, de Commissie-Meijers en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak waren alle erg kritisch over de voorgenomen wetgeving. Na de voor de regeringspartijen teleurstellend verlopen gemeenteraadsverkiezingen van 2014 werd het voorstel uitgeruild tegen een verlaging van de arbeidskorting voor inkomens boven de € 40 000 – geen staaltje van principiële politiek. Zie verder tevens over dit soort van *fact free politics*: M. Adams & W.J. Witteveen, 'Drie dimensies van de rechtsstaat', *NJB* 2014, p. 1367-1368.

29. 'Overheid: steeds meer een tiran met haast', *NRC* 20 december 2014, www.nrc.nl/opklaringen/2014/12/20/overheid-steeds-meer-een-tiran-met-haast. De voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, Ankie Broekers-Knol, waarschuwde eind 2014 overigens voor een steeds 'sterkere tendens om met kaderwetgeving te komen, die wordt ingevuld middels ministeriële regelingen en Algemene Maatregelen van Bestuur'. Dit zou ten koste gaan van de legitimiteit en transparantie van het bestuur en wetgeving. Zie www.youtube.com/watch?v=NAi5Z40wtrs&list=PLIk5frxeD3_5bPsp_do6lUANU0RskdgPi&index=1 en zie tevens: 'VVD-voorzitter Eerste Kamer tegen sluipweg voor nieuwe zorgwet', *Het Financieel Dagblad* 31 december 2014, <http://fd.nl/ondernemen/1086920/vvd-voorzitter-eerste-kamer-tegen-sluipweg-voor-nieuwe-zorgwet>.

openbare kritiek vanuit verschillende andere instanties (zoals de Raad van State) een matigende invloed uit te oefenen op ideologisch gemotiveerde wensen. De evenwichten en tegenwichten van de trias politica spelen hier een hoofdrol. Zonder deze op georganiseerde fricties gebaseerde vorm van deliberatie is de representatieve democratie onvolledig (en dus minder legitiem)' (p. 279).

Ook hier toont zich weer verwantschap. Want waar de constitutioneel gevoelige Witteveen ook voor een geïnstitutionaliseerde vorm van debat en discussie pleit,³⁰ hamert Havel steeds op het belang van individuele vrije meningsuiting. In beide gevallen gaat het om de botsing van meningen, om het koesteren van de kritische discussie waardoor diepere inzichten mogelijk worden.

5. Slotoverwegingen

Witteveen richt zich in zijn omvattende boek niet alleen op vraagstukken van legaliteit, en hij pleit ook niet voor een overheid die zich bedient van de moderne technieken van het *new public management*. Wel sluit hij zich aan bij de acht traditionele beginselen van goede wet- en regelgeving van Fuller, en hij voegt er nog twee aan toe. Namelijk dat zelfregulering, indien mogelijk, de voorkeur verdient boven regulering door de overheid, om aldus de autonomie van de burgers te bevorderen. En ook moet het 'milde despotisme van het bureaucratische regime' (p. 38) worden vermeden. Zeker de laatste vereiste kan heel goed worden gelezen in het licht van Havels betrachtingen. Witteveen voert in zijn boek een consequente strijd tegen een instrumentele benadering van wet- en regelgeving, en laat zien hoe die voor een moderne samenleving en democratische rechtsstaat een bedreiging kan zijn. Havels rechtsstatelijke focus ligt veeleer op individuele en maatschappelijke bevrijding via de route van het ontmaskeren van schijnlegaliteit en protest. De liaison tussen deze twee benaderingen kan, zo bleek, worden gevonden bij Fuller.

Havel schreef vooral in de context van burgerlijk verzet tegen een dolgedraaide staat, waarin de bureaucratie de burger doelbewust vermorzeld. Vandaag is de politieke configuratie geheel anders, in Nederland en elders, en worden we geconfronteerd met een fundamenteel gewijzigde relatie tussen overheid en burger. Een relatie met name tussen enerzijds een opbiedende overheid die al snel reageert op een eisende burger; een overheid die haar eigen pretenties niet steeds, en vaak zelfs niet, kan waarmaken. En anderzijds een burger die dat niet wenst te accepteren, en die de druk op die overheid alleen maar vergroot. Het geeft aanleiding tot een vlucht naar voren door de overheid, waardoor systeemgrenzen voelbaar worden. En hoewel hij er wel iets over zegt, heeft Havel begrijpelijkerwijze niet veel aandacht voor dit gegeven; bij Witteveen treffen we over die systeemgrenzen echter ook weinig over aan. Wat dit aangaat is in ieder geval Witteveens boek uitdrukkelijk door een sterk optimistisch mensbeeld gekleurd: het toont een rotsvast vertrouwen in de autonomie en de goede bedoelingen van de burger.

Het loont desondanks de moeite om over die hedendaagse burger tevens na te denken als een soort omgekeerde kruidenier.³¹ Zoals we eerder zagen meenden de kruideniers van Havel dat het niet plaatsen van een socialistisch propagandabord betekenisloos was, omdat ze zich in burgerlijke zin toch al 'uitgecheckt' meenden. Door een dergelijke passieve houding fundeerden ze volgens Havel echter nu juist de onderdrukking. Al te consumentistische burgers denken echter wél als kritische burgers te participeren in het politieke systeem, terwijl zij het eigenlijk misschien ook wel uithollen.

Er blijft naar aanleiding van deze twee prachtige boeken nog heel wat te denken en discussiëren over, maar een standaard werd gezet.

30. Een thema dat reeds werd uitgewerkt in zijn oratie (*Evenwicht van Machten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991).

31. Zie tekst bij noot 21.